PERRONI FERRANTI

Pagine sparse

1879

ITA
904
PER

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

PAGINE SPARSE

STUDI

DI DIRITTO CRIMINALE E DI RITO CIVILE

PER

GIACOMO PERRONI FERRANTI

PRETORE IN ROMETTA

BIBLIOTECA LUCCHINI
1802
N.° d' ord. 367-D.
Sez. I.

CCHINI

Italy

PAGINE SPARSE

STUDI
DI DIRITTO CRIMINALE E DI RITO CIVILE

PER

GIACOMO PERRONI FERRANTI

PRETORE IN ROMETTA

MESSINA
STAMPERIA E STEREOTIPIA CAPRA

1879.

Digitized by Google

ITA 904 PER

All' Onorevole

Francesco Perroni Paladini.

Memore del largo ajuto di consigli, di libri e di ammaestramenti da Lei avuto, riconoscente per gli affetti prodigatimi, Le offro questi primi frutti del mio povero ingegno. Duolmi di non potere scrivere il nome del mio benefattore e congiunto alla prima pagina d'un lavoro più duraturo: chè più palese si sarìa fatta la mia gratitudine.

« Se quel che posso dar tutto Le dono »

spero che non vorrà imputarmi la tenuità dell' offerta.

Devotissimo

G. Perroni.

Digitized by Google

I.

UN PENSIERO

SUL TITOLO D'INFANTICIDIO *

Ripetasi pure fino alla nausea, non sarà mai abbastanza raccomandata quella osservazione della scuola ontologica in giure penale: che il fare risalire un delitto, o una sua qualifica, od una sua circostanza diminuente, ad un principio, più che ad un altro, influisce non solo sulla retta classazione dei delitti, la quale è imprescindibile sia esatta per lo sviluppo della scienza (e viziata vizia le teoriche), sibbene anco nelle soluzioni dei più vitali problemi della scienza criminale, nelle soluzioni, vale a dire, di quelle quistioni le quali, male svolte od applicate, si riducono in definitivo ad una flagrante ingiustizia sociale.

Donde quelle che a prima giunta si reputerebbero vane disquisizioni accademiche, se ben si guardi, sono importantissime controversie le quali, subordinando le ipotesi giuridiche ai loro veri fondamentali principî, impediscono che le sorti del delinquente, più che dall'effato scientifico, vengano decise

* Dalla *Temi Zanclea,* anno VII, N. 1.

Digitized by Google

dai dettati di legislatori non ottemperanti sempre alle sane dottrine.

Di tale osservazione, che si riproduce ad ogni passo nello studio delle criminali discipline, piacemi fare applicazione nel tema d' infanticidio.

In proposito al qual titolo son noti gli ondeggiamenti della dottrina, del diritto positivo, e, conseguentemente, delle sanzioni penali. Fattosi dapprima un titolo speciale dell' uccisione d' infante, e per dire qualificato quell'omicidio, s' è pensato di poi tenerla in speciale riguardo non per aumentata responsabilità ma per minorata imputabilità. E sin qui, a mio mo' d' intendere, con grande vantaggio dei sommi principî del diritto punitivo, con grande ossequio alla proporzionale misura delle umane delinquenze. Imperocchè costituire un titolo a parte, più in ragion d' aumento che di diminuzione, è costituire nuova *specie* nel *genere* delle uccisioni, è, come suol dirsi, farne un omicidio qualificato; e dovendosi le qualifiche dedurre, in riguardo alla quantità politica, o dalla minorata difesa privata o dalla violazione di più diritti, non è chi non veda come cotale qualifica riesca una superfetazione: chè, mettendo da parte la violazione di più diritti che non concorrerebbe nella specie, e riducendoci alla minorata difesa, questa verrebbe a compenetrarsi nei casi diversi in altre qualifiche desunte appunto dalla minorata sicurezza privata. S' è ucciso l' infante per vendicarsi della madre alla quale si prevede con ciò di arrecare un immenso dolore? Sorge l'omicidio per vendetta trasversale. S' è ucciso coll' intendimento di lucrare un' eredità che altrimenti non potrebbe conseguirsi? O coll' altro non men pravo di sottrarsi all'obbligo di alimentarlo? Si ha il *latrocinio* che è omicidio qualificato anch' esso per la minorata difesa, non per la violazione di più diritti, tanto è vero che consumato l'omicidio e non conseguito il lucro, sorge sempre il titolo di latrocinio consumato.

Altro principio di qualifica e che sia universalmente accetto, se ne togli lo allarme per minore difesa, io non so. « È la facilità

Digitized by Google

di commetterlo (direbbe il COSENTINO) e la niuna provocazione che può venire da parte dell'infante, che ha da tutte le legislazioni fatto ritenere lo infanticidio come omicidio qualificato ».

Ci sto quanto alla facoltà di commetterlo, che infine è minorata difesa: ma la niuna provocazione (se potrebbe fare esulare dalle degradanti l'impeto d'ira) non potrebbe costituire un'altra specie. La mi pare tanto evidente quanto è evidentissimo che la mancanza di provocazione lascia il tipo *omicidio* nella sua normalità anzichè costituire una qualifica, lascia l'omicidio predisposto più che lo faccia risalire alla premeditazione.

Se dunque non c'era motivo di elevare a speciale titolo la uccisione d'infante, la qualifica andava tolta.

E fu tolta da parecchi Codici, ma si andò nell'estremo opposto e si costruì un titolo a parte facendo rientrare quell'uccisione non al luogo delle degradanti l'omicidio (e dico omicidio semplice e non latrocinio od omicidio per vendetta trasversale, perchè la *causa* onde invalse la più recente dottrina mal si concilierebbe con la *causa* onde si hanno quei reati qualificati), sibbene al luogo degli omicidî con denominazione speciale non per aumentata quantità politica ma per minorato danno politico. Se il principio e la classificazione tornino indifferenti vedremo tra breve. Certo è che, ammessa la diminuzione o, meglio, la degradazione in favore della madre illegittimamente fecondata, a causa della non pienezza del dolo, per esasperazione del di lei animo causata dalla idea del disonore cui si vedrebbe tra breve esposta; ammessa anco la degradazione da taluni Codici in favore del complice, non siamo più al caso di parlare di quantità politica minorata se non per necessaria conseguenza della minorata forza morale soggettiva. Si va così nel campo del dolo d'impeto, nell'omicidio *ex impetu pudoris* e, com'ognun vede, dolo, impeto, forza morale soggettiva, grado, sono parole che si abbracciano. Non si dubita che nella uccisione d'infante commessa per cagione d'onore ci sia un meno

Digitized by Google

nella quantità politica, nell' allarme, ma è allarme minorato per minorato dolo. E qual' è ora la conseguenza di queste premesse?

Quanto a me, o la sbaglio di assai, o il titolo speciale d' infanticidio dovrebbe essere tolto dai Codici. Tolto perchè non ha ragion d' essere come titolo di omicidio qualificato, tolto perchè preso dal punto di vista moderno, per le conseguenze che ne possono trarre, si rende spesso motivo di dubbî e di controversie che senz' esso non avrebbero luogo. Ben si comprendono i titoli speciali di parricidio, di veneficio, di assassinio, di latrocinio, chè tutti e quattro questi reati costituiscono quattro specie differenti nel *genere* delle uccisioni: sono reati integri di per sè stanti, costituenti altrettanti tipi che nulla offrono in più o in meno nelle loro forze, appunto perchè tipi, appunto perchè specie differenti: ma dare titolo speciale ad un fatto delittuoso che, in conclusione, non è altro che una degradazione d' un altro fatto reo, non è egli dare ad intendere che si tratti d'una specie differente? Non si nega che un meno nella quantità d' un reato possa costituire altra specie: es. il feticidio; ma qui siamo al caso d' un meno nella forza morale soggettiva. E notisi che siffatto modo di procedere può essere tanto più fecondo di ambiguità e di false illazioni quanto più la penalità comminata a quel fatto criminoso non si riferisce e non si gradua in confronto a quella specie onde lo speciale titolo è una semplice degradazione, siccome avviene in quasi tutti i Codici odierni.

E perchè appaja quanta differenza ci corra tra un titolo a parte che non ha ragion d' essere ed il modo logico col quale dovrebbonsi porre le degradanti un reato, io non ho che a ripetere la ipotesi fatta dallo illustre CARRARA in nota al § 1229 del suo *Programma*.

Ammesso un Codice, come il Toscano, che non valuti la causa di salvare l'onore che in pro della donzella, sorge la quistione del titolo e della pena che dar si dee al fatto di coloro che si resero complici della stessa. Ammesso che

Digitized by Google

la donzella sia stata *coautrice,* che dovrà dirsi fra' due *autori?* Da qual di loro (donzella ed estraneo) dovrà determinarsi il titolo? E se poi per lo contrario non può dichiararsi *autore* che il solo estraneo, perchè alla giovane non possono rimproverarsi altri atti tranne quelli di semplice *ausilio,* qual ne sarà la conseguenza? Sono domande poste dal CARRARA. E lo stesso insigne maestro risponde che la teoria francese li direbbe ambidue responsabili d'omicidio il quale, se premeditato, conduce l'autore all'estremo supplizio e la complice ad una pena *misurata su cotesta norma.* CARMIGNANI ed i seguaci della dottrina della individuità del titolo ripeterebbero essere assurdo che un fatto stesso costituisca due *titoli diversi* rispetto ai partecipi per la diversità delle rispettive condizioni personali.

E ciò per essersi considerata la uccisione d'infante come reato *sui generis*, titolo a parte. Chè se fatta se ne fosse una degradazione dell'omicidio in vista dell'impeto di pudore per la donzella, avremmo avuto il titolo di *omicidio* per entrambi, non per la *individuità del titolo* (per essersi alla quale spesso attaccata la teoria francese ne ha tirate spesso ancora delle assurde illazioni) ma per *l'unicità del titolo* e, restando fermi al principio della *individualità del dolo*, se l'omicidio fu premeditato dall'estraneo, costui subirebbe lo estremo supplizio e la complice non una *pena misurata su cotesta norma,* ma la pena dell'omicidio semplice degradato per impeto di pudore. E così il problema andrebbe risoluto colla teorica delle *scuse* che sono personali. Lo nega il CARRARA appunto perchè aveva fatta l'ipotesi di fronte al Codice Toscano il quale non decreta una *scusa* nè ordina una *diminuzione* della pena ordinaria. Esso costituisce un nuovo e speciale *titolo* nell'*infanticidio*, nel modo stesso che altri Codici non parlano di aggravazione di pena contro il figlio uccisore del padre, ma fanno sorgere il distinto titolo di *parricidio.*

A mio credere, risponderebbe alle esigenze dei principî e faciliterebbe la soluzione di intrigatissime quistioni quel

Digitized by Google

legislatore che pur togliendo il titolo speciale d' infanticidio dagli omicidî qualificati, al posto poi degli omicidî scusati ne preveda la ipotesi e la punisca con *un tanto di meno* in rapporto all'omicidio (1).

1° gennaro 1878.

(1) Trovo riscontro alle mie idee nelle *Osservazioni e Proposte* sul Progetto del Codice Penale del 1868 fatte dalla Corte di Appello di Messina, scritte dall'egregio Fiorentino e discusse dallo stesso, e dai Consiglieri Gioacchino Mazzara e Gaetano cav. Chirico. Ivi a pagina 99 nelle proposte al capo II titolo XII del Progetto, in proposito al reato d'*infanticidio* si legge: « Sarebbe conveniente sopprimere il capo in « esame e collocare l'art. 294 in seguito di quelli che trattano delle « scuse degli omicidî ». Ben è vero che dell'uccisione di infante commessa per altra *causa* la Commissione vorrebbe costituire una qualifica: ma ho testè detto le ragioni per le quali stimo che una qualifica a parte sia un superfluo in quei casi.

Digitized by Google

II.

DELLA PREPARAZIONE DI UN REATO CON MEZZI IDONEI

SUSSEGUITA NELL' ESECUZIONE DA MEZZI INIDONEI.

Or compiono sette anni esaminai questa ipotesi nel volume X dell'*Archivio Giuridico* dell' illustre SERAFINI: io mi era chiesto allora « se possa imputarsi di tentativo chi, preparato con mezzi idonei un reato, adoperi poi nell' eseguirlo mezzi non idonei ed inefficaci », ed avevo in seguito esposto gli argomenti che m' inducevano a ritenere l' affermativa. Accennai ad un caso sottoposto al giudizio della Corte di Agen. È un padre (tal Laurent) che fatto proposito di uccidere il figlio, carica il fucile: il figlio con avvedutezza lo scarica e lo ripone al suo posto: alla sera Laurent afferra il fucile, dà lo scatto in direzione al figlio: il fucile vuoto impedisce lo eccidio: nondimanco Laurent sottoposto ad accusa è condannato qual reo di tentato omicidio.

Ed ecco l'argomento principale che facevami ritenere l'affermativa della quistione. « Laurent apparecchia il fucile: sin qui egli non ha manifestato alcuna volontà criminosa: quest' atto può tendere tanto ad un fine innocuo, quanto a malvagia intenzione; è questo un atto *equivoco:* e ciò val dire un atto preparatorio. Ma se egli si spingesse più in là,

Digitized by Google

se facesse alcun che per cui manifestasse un reo proposito, il fatto dell'apparecchio del fucile, indifferente ed equivoco dapprima, diverrebbe per ciò stesso *univoco* e *politicamente imputabile:* la perduta *equivocità* gli farebbe perdere il carattere di atto preparatorio, l'acquistata *univocità* lo caratterizzerebbe per un conato ».

E, sulla considerazione che la idoneità concorse in atti che non sono *preparatori* perchè *univoci* per l'atto successivo, e che non sono *consumativi* perchè non svoltisi sul soggetto passivo della consumazione, io conchiudeva che quegli atti costituivano un conato remoto; donde « per quei « Codici i quali punissero questa specie di conato, una di« sposizione a parte, non che superflua, sarebbe illogica; « per gli altri poi se ne potrebbe fare un reato *sui generis* ».

Erano scorsi circa tre anni dalla pubblicazione di quel povero scritto nell'*Archivio Giuridico* e la quistione si risollevava in Senato ad occasione della discussione del Progetto Vigliani, di quella discussione « che rimarrà tra i migliori esempi dell'operosità delle Assemblee legislative (1) » e che dimostra a qual punto eminente siano giunti tra noi gli studi relativi alle criminali discipline: ed era stavolta voce potentissima che risollevava la quistione: era il PESCATORE che tanta parte avea preso e prese in seguito in quelle memorande tornate, il quale svolgeva in quell'aula il 3 marzo 1875 il capoverso ch'ei voleva aggiunto all'articolo 71 del Progetto Vigliani e così concepito: « Il tentativo d'un reato, « che nelle circostanze del caso fosse impossibile, o perchè « ne mancasse il soggetto passivo, la cui esistenza o presenza « furono supposti per errore dall'autore del tentativo, o « perchè i mezzi adoperati non fossero in rapporto col fine, « sebbene creduti adatti o sufficienti da chi tentava il reato, « è immune da pena, se il reato supposto possibile e con« sumato non sarebbe punibile che con pene correzionali;

(1) Parole dell'illustre MANCINI nella *Prefazione* al Progetto da lui presentato.

Digitized by Google

« se punibile con pene criminali, si applica la prigionia da « tre mesi a due anni ».

Alla lettura del discorso del Pescatore provai (perchè non dirlo?) un sentimento che se non era di vanità era di soddisfacimento: rilessi e ponderai quel discorso: vagliai gli argomenti del Pescatore e quelli del relatore Borsari e del Commissario regio Eula, chiamai in ajuto altri sette anni di modesti studi corsi dal dì della mia pubblicazione sullo argomento che allora si discuteva in Senato, ed allora ed ora mi son dovuto convincere che la soluzione da me data nell'*Archivio* alla quistione, non è la retta: e poichè la scienza è il *Vero*, e rivenire sui proprî convincimenti, e modificarli, se meno esatti, è atto di omaggio a questo Vero, è soddisfacimento d'un debito, mi si conceda ch'io esponga le ragioni per le quali non credo esatta quella soluzione.

Dico adunque che il fatto in esame non può assumere la veste del tentativo punibile, nè prossimo, nè remoto: dirò in appresso se di quel fatto si possa fare un reato *sui generis*. Non mi preoccupano i precedenti cui accennava il Pescatore: non la punizione di quel fatto sancita dai precedenti Codici tedeschi, non l'articolo 536 del Codice Sardo, articolo abrogato col decreto luogotenenziale del 17 febbraro 1861 per le provincie meridionali ed imperante tuttavia in altre provincie: guardo il quesito in rapporto ai principî.

I. *Quel fatto non può considerarsi come tentativo.*

Lo accorda anco il Pescatore « per una ragione che « insegnò Pellegrino Rossi, il quale, fra mille altre cose che « non ammetterei tutte (dic'egli) osservò pure questa: che « nei casi riferiti mille volte tentato il reato non riuscirebbe « mai ». E, bisogna convenire che sia questo uno dei più formidabili argomenti che dimostrino lo errore di coloro che pensano alla esistenza d'un *tentativo punibile*, d'un *tentativo giuridico* in quei fatti: perocchè dire che quegli atti ripetuti le mille volte non riuscirebbero mai all'intento dello agente è dire a un tempo che *delitto* non c'è, perchè, accertata una delle forze necessarie per la esistenza del reato,

Digitized by Google

vale a dire la forza morale soggettiva, mancano però altre tre forze imprescindibili perchè il delitto sorga: ripetere mille volte un fatto e non essere possibile che tale ripetizione conduca alla consumazione d'un delitto val dire mancare lo estremo del *pericolo corso* (e dico *corso* e non *appreso*), val tanto che dire mancare la forza fisica oggettiva la quale nel conato è rappresentata dal *pericolo* in sostituzione del *danno:* ripetere mille volte quel fatto senza raggiungere lo intento, se esclude il pericolo, esclude lo *allarme* sociale, esclude, altrimenti, il *danno politico* o *mediato* senza del quale non sa comprendersi l'*ente giuridico* che diciamo *delitto.* Ed infine la ripetizione per quanto si voglia di quegli atti non varrà mai ad esaurire gli estremi di quella terza forza che è la fisica soggettiva. Perocchè dal punto di vista materiale e soggettivo ammetterei che siasi in quei fatti cominciata a svolgere l'attività dell'individuo, ma s'è svolta in una cerchia che non è quella del delitto.

Diciamolo con formula precisa: il tentativo d'un reato, preparato con mezzi idonei, seguiti nell'esecuzione da mezzi inidonei, non è un tentativo *giuridico* perchè *non s'è attaccato il diritto.* Il criterio dell'*univocità degli atti*, che distingue gli atti di esecuzione dagli atti preparatori, è tanto esatto per quanto porta seco necessariamente lo attacco al diritto: il sofisma di Rossi fu rilevato dal maestro di color che sanno in fatto di giure criminale, fu rilevato dal CARRARA: lo elemento *morale* del conato non dee confondersi col suo elemento *materiale*, entrambi hanno ciascuno una vita indipendente e debbono *ciascuno in loro stessi* distintamente esistere e distintamente provarsi. Il tentativo vano per l'impossibilità del mezzo non si punisce, non perchè è rimasta non provata la intenzione malvagia dell'autore, ma perchè il diritto non è stato aggredito: ed il sofisma del Rossi consiste nel dire, com'ei fa (1), che quegli atti non

(1) *Trattato di Diritto Pen.*, trad. del PESSINA. Torino, p. 343.

Digitized by Google

si puniscono perchè altrimenti « non più s'inferirebbe, come « il buon senso richiede, dalla esistenza dei fatti quella del « disegno criminoso, bensì dall'esistenza del disegno criminoso « la criminosità dei fatti ». Ed il CARRARA, che nel *Programma* ed in altri scritti segnato aveva in modo inarrivabile i criteri di distinzione tra gli atti preparatorii ed il conato remoto e tra questo ed il conato prossimo, e che aveva stabilito la *univocità* come criterio che distingue gli atti preparatori dal conato remoto, esornò stupendamente questa sua formula nella *Prolusione* in cui tratta *del momento consecutivo del furto,* distinguendo gli atti preparatori che son tali in modo *assoluto* da quelli che son tali in modo *condizionale;* facendo rientrare nella prima serie quelli che si svolgono sul *soggetto attivo* del malefizio; facendo rientrare nell' altra quelli che si svolgono sul *soggetto passivo dell' attentato*, i quali saranno atti preparatori o costituiranno il conato remoto secondo che le circostanze non rendano o rendano *univoca* la loro destinazione. Del resto altro è la *certezza* che per avventura si possa avere che gli atti preparatori sieno preordinati al delitto, altro è la loro *univocità:* l' una può anco concorrere negli atti preparatori *assolutamente* tali, l' altra accompagna solo quelli che son tali in modo condizionale: altro è l'*aggressione contro il diritto,* altro è la *violazione del diritto.*

II. *Quel fatto non può costituire un reato* sui generis.

Noto anzitutto un' inesattezza di classazione: le quistioni di classificazione non sono questioni scolastiche, di pura forma, io l' ho notato altrove. La retta divisione per classe degli enti s' incarna ad un principio direttivo, s' incarna ad un complesso di caratteristiche sostanziali che distinguono un ente da altro ente, e l' errore di classe porta in pratica a mille inconseguenze. Quando il PESCATORE si occupa del fatto da noi preso in esame e lo prevede con un' aggiunta allo articolo 71 del Progetto al capo che tratta del tentativo, pur dichiarando esplicitamente in Senato ch' ei ne vuol fare solo un reato *sui generis*, quando il Codice Sardo si occupa di

Digitized by Google

quel fatto all'articolo 536 al capo che tratta dei reati contro la vita, entrambi saltano di classe. E questo faceva osservare in Senato il commissario regio Eula: « Ora, se non vi ha reato tentato, non è in questo capo che si dovrebbe parlare dei reati *sui generis* che l'onorevole Pescatore vorrebbe vedere puniti: È meglio attendere che vengano in discussione i libri II e III del Progetto, nei quali si prevedono e puniscono le varie specie di reati, e vedremo allora se sarà il caso d'inserirvi qualche disposizione la quale contempli quei fatti che, sebbene non arrechino e non possano arrecare un danno positivo, sono tali però da turbare la tranquillità pubblica e rivelano nello agente tendenze che vogliono essere frenate e represse ». La stessa osservazione la stessa critica vale pel Codice Sardo il quale, se non ha fatto di quella ipotesi un caso di tentativo di omicidio, non potea senza essere inconseguente occuparsene al titolo dell'omicidio.

Ora ammesso che di quel fatto possa costituirsi un delitto *sui generis*, la prima domanda che sorge è: in quale *classe* di delitti s'ha da mettere quel fatto? *quale* è il *diritto leso?* E qui gli equivoci.

Sentasi il Pescatore: « dunque la sicurezza pubblica è turbata, la società è allarmata, la coscienza pubblica è offesa ». Anco l'Eula parlò del turbamento della pubblica tranquillità. Ora se questo turbamento della pubblica tranquillità s'ha da intendere qual danno politico, danno mediato, si è in diritto sempre di chiedere *quale* sia il diritto leso, l'*oggetto* del delitto: se poi voglia dirsi che la pubblica tranquillità si ha qui a considerare come oggetto di questo delitto a parte, ed il turbamento di essa qual danno immediato, costituendosi del fatto un *reato sociale*, allora mi si conceda ch'io risponda col Carrara: « Per costruire una classe speciale su « quell'oggettivo (tranquillità pubblica) bisogna che la com- « mozione indefinita degli animi e il consecutivo agitarsi delle « moltitudini proceda dalle condizioni intrinseche al fatto « medesimo in quanto ne sorga il sentimento di proprio « pericolo *sulle possibili conseguenze del fatto stesso, indi-*

Digitized by Google

« *pendentemente da ogni previsione del suo futuro rinno-*
« *vamento* ».

Potrebbe per avventura dirsi che il fatto da noi tolto in esame costituisca un reato appartenente alla classe dei delitti contro la *libertà individuale?* Io stimo che no: e ciò sulla considerazione che la restrinzione della libertà dell' individuo deve guardarsi e trovarsi nel fatto, non nelle possibili ripetizioni del fatto, il quale del resto ripetuto le cento volte nelle stesse condizioni e cogli stessi mezzi non varrà mai a torcere un capello all' individuo preso di mira dallo agente. Comprendo che la minaccia, ad esempio, costituisca un delitto lesivo della libertà individuale: è una spada di Damocle che si perpetua sulla testa del minacciato e che ne restringe lo svolgimento della libertà: comprendo, e per le stesse ragioni, che sia delitto della stessa classe la istigazione a delinquere, ma, per l'assenza di quelle condizioni nel fatto dello sparo di un'arma scarica, non saprei trovarvi gli estremi d'un delitto contro la privata tranquillità. Se fosse altrimenti, ogni atto preparatorio dovrebbe elevarsi a speciale delitto lesivo della tranquillità dell' individuo. Ed ove ci si fermerebbe di questo passo?!

Rometta, aprile 1879.

Digitized by Google

III.

DELLA DESISTENZA ALLA LITE

DINANZI AL PRETORE

E DELLA NECESSITÀ DELLA SUA ACCETTAZIONE *

L' articolo 344 del Codice di procedura civile stabilisce che « per la rinunzia agli atti del giudizio, l' accettazione e « la revoca della medesima, il procuratore dev'essere munito di « mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva la comparsa ».

Questo articolo, posto al capo che riguarda il procedimento formale davanti i Tribunali civili e le Corti d'appello, pare voglia esclusivamente militare nel caso che si tratti di procedimento formale. Ma, ove si rifletta che la desistenza può aver luogo tanto nel rito formale che nel sommario e che nelle determinazioni rituali che a quest'ultimo si riferiscono nulla avvi in proposito, torna agevole lo inferire che il paragrafo concernente la renunzia agli atti del giudizio spiega anco la sua forza in fatto di procedimenti sommari, per quanto cotali disposizioni sieno alla speciale natura di quei procedimenti compatibili (392, 414 e 447 cod. p. c.).

* Dalla *Temi Zanclea*, anno IV, n. 24; riprodotto nella *Gazz. dei Trib.*, 28 giugno 1875, n. 2756.

Digitized by Google

« Davanti i Tribunali civili e le Corti di appello non « si può stare in giudizio se non col ministero di procura- « tore legalmente esercente, salvo le eccezioni stabilite dalla « legge » (156). Questo precetto è incompatibile con ciò che da taluni (1) si ritiene: un primo mezzo di renunzia, cioè, essere quello della desistenza fatta personalmente dai contendenti dinanzi al collegio e dai loro mandatari; dal momento che si sono costituiti i procuratori dall' una parte e dall'altra, non è in facoltà di esse presentarsi in giustizia personalmente e l'opera del procuratore è indispensabile.

I. Ma non potrà certo il procuratore validamente desistere in virtù del mandato conferitogli all' inizio della lite, senza che gli fosse uopo d'una procura speciale che oltre di un *procurator ad litem*, ne faccia un *procurator ad rem*: ammettere ciò val tanto che sconvolgere ogni saldo principio che regola la materia giuridica del mandato. Se il mandatario *non può fare* cosa alcuna oltre i limiti della procura (1742 c. c.); se la parte, adibendo l'opera d'un procuratore, niun altro incarico gli dà se non se quello d' iniziare, seguitare e portare a fine la lite, egli è evidente che la desistenza eccede le attribuzioni del procuratore; e se ne trascende i limiti ei non può farla: che se non la può fare, non potea la legge, sovvertendo ogni cardinale principio, permettere che basti alla rinunzia il mandato generale dato al procuratore per incoare e compiere la causa: tanto è ciò vero quanto è vero che il mandato *ad litem* è tutt'altro che quello dato per desistere.

II. Adunque o una procura speciale oppure la sottoscrizione della parte alla comparsa. E cosiffatta statuizione dà il nostro Codice quantunque volte si tratti di casi i quali eccederebbero i limiti della semplice procura e nei quali è bene si faccia palese la volontà esplicita della parte: così in fatto di accettazione di giuramento decisorio, o nel caso

(1) CARRÈ, FAVARD, SIREY, DALLOZ, BOITARD.

Digitized by Google

di deferirlo o riferirlo (221); così in fatto di attacco di falso d' un documento (290, 301). Anzi le leggi francesi il caso della rinuncia salvaguardano con più efficaci precetti che non gli altri: perocchè ammettendo che la consegna dei documenti al procuratore vale mandato *ad litem* tacito, nei casi superiormente ricordati dànno luogo alla *disapprovazione* (désaveau) se non c' è speciale mandato: autorizzano la domanda di nullità in quei casi per cui la legge vuole che la copia della procura sia inserita in seguito dell'atto o che l' atto stesso sia firmato dalla parte alla cui istanza viene fatto (1).

Ma che dire della desistenza dinnanti ai Pretori?

I. Se davanti i Pretori le parti possono comparire personalmente o per mezzo di persona munita di mandato generale o speciale per ciascun giudizio (156); se l' udienza fissata è inizio e fine a un tempo della lite, non essendone la citazione che la sfida, chiaro è che dovremo in prosieguo altri mezzi di desistenza enumerare che al formale procedimento non si affanno. Ma un primo modo è la rinunzia orale fatta all'udienza stessa.

II. Che se la parte, impedita a comparire, ha incaricato con procura una persona qualsiasi a rappresentarla, le ragioni testè addotte, per la necessità d'un mandato *ad hoc* nei casi di desistenza davanti i Tribunali ed alle Corti, militeranno egualmente di fronte a chi si presenti munito di procura generale *ad lites* o speciale, ma che non avrà mai potestà di farsi interprete della volontà della parte sorpassando le incombenze a lui date o che, effettivamente incaricato, non mostri però e non giustifichi l'avuto incarico.

III. Del resto potrebbe anco il rinunziante sottoscrivere l'atto di desistenza fatto da colui che lo rappresenta, al modo stesso ch' è stabilito pel giuramento a deferirsi nei giudizii pretoriali (425).

(1) CARRÈ, all'art. 352; BOITARD.

Digitized by Google

IV. Ma v' ha un altro mezzo per notificare all' avversa parte la desistenza alla lite, riconosciuto e dalla dottrina e dalla curia, l'atto cioè per organo d'usciere. Ammetterlo, oltrechè davanti i Pretori, nei giudizi pendenti dinnanzi ai Tribunali ed alle Corti, quando le parti abbiano già costituito i loro rispettivi procuratori, a noi pare sia volergli dare delle attribuzioni le quali rientrano nelle facoltà di altre persone; ma che l'usciere possa compiere l'atto di rinunzia pria della costituzione di procuratore non è a porre in forse: anzi nel caso sarebbe questo l'unico mezzo.

Ma perchè sia valida la desistenza è egli necessario che l'atto usceriale sia sottoscritto dalla parte? Non esitiamo per la negativa, tuttochè taluni (1) altrimenti ne pensino.

L' usciere è tutt' altro che un procuratore non sia. In costui si ha un semplice mandatario che munito di procura per la gestione d' una data lite non può rinunziarvi senza che gliene si desse facoltà, la quale ha egli concessa o col mandato speciale o colla sottoscrizione nella comparsa. Altrimenti va la bisogna quanto all'usciere. Quando la parte a lui si presenta e lo incarica di formulare atto di desistenza ad *un dato* giudizio, che altro v' ha in questo incarico se non che uno speciale mandato per un dato affare, una procura *ad hoc,* un mandato *ad rem?* L' atto di usciere adunque val tanto che il mandato speciale dato al procuratore nei giudizi formali: procura speciale s' ha in questo caso, peculiare mandato in quello, come d'altro canto è assai più che una semplice comparsa, lo stesso che la comparsa sottoscritta dalla parte: anzi se si consideri il suo carattere di atto autentico è per forza probatoria più che non fossero il mandato speciale o la comparsa firmata.

Laonde manifesta apparrebbe la superfluità della sottoscrizione del rinunziante all' atto di desistenza dall' usciere redatto. Quella firma, a simiglianza della sottoscrizione alla

(1) Bioche e Goujet; Corte di Bruxelles 25 maggio 1810.

Digitized by Google

comparsa, varrebbe a constatare il mandato implicito dato all'usciere per desistere. Ma questo implicito speciale mandato lo addimostra l'atto stesso di quel pubblico funzionario, senza che abbia d'uopo la sottoscrizione della parte; e ne fa tanto vie più pubblica fede in quanto che l'usciere è passibile d'iscrizione in falso (342 cod. pen.).

Atto autentico, com'è, l'atto d'usciere ha in sè tutta la credibilità perchè insinui negli animi la coscienza che la desistenza da lui notificata è desistenza dalla parte voluta.

Questo principio si è cercato invalidare collo esempio delle leggi procedurali francesi e nostrane, le quali prescrivono anco per l'usciere un mandato speciale in fatto di arresto personale (556 cod. franc. e 752 cod. it.). Ma non si è pensato che qui c'era in giuoco la libertà dell'individuo per cui, quante che sieno le garenzie dalla legge sancite, non si diranno giammai superflue; non si è pensato che, entrando in giuoco la più importante, la più sacra delle umane prerogative, la condizione di esistenza e per la quale il legislatore dovrebbe tremando dettar norme, era naturale che egli si mostrasse preoccupato del modo onde guarentirla al possibile dagli attacchi arbitrari od inconsulti.

Era un caso eccezionale, e, trattandosi di arresto personale, valeva la pena che la eccezione si facesse. « Ma le eccezioni (diceva uno dei componenti la Commissione del Cod. di proc. civ.) non tendono che a diminuire nell'usciere quella fede pubblica che grandemente importa gli sia conservata, ed anzi il più che si possa aumentata » (1).

Contestare il principio che l'atto d'usciere fa fede sino alla iscrizione in falso non si è visto od inteso, e se fa fede del contenuto, l'atto di desistenza è atto fatto per mandato speciale della parte, rivestito al di più del carattere di autenticità. E se così è, a che vale la sottoscrizione del mandante?

(1) *Lavori preparatori*. Palermo, vol. VIII, pag. 107.

Digitized by Google

A noi pare che richiederla è stabilire un sistema d' inconseguenze le quali non potranno resistere alle norme severe della dialettica. Ponghiamo il caso che la parte non sappia scrivere e che sia necessario si sottoscriva all'atto di usciere. Si ricorrerà allora ad un notaro che faccia constare del mandato dato per notificare la desistenza all' altro contendente. Ma che constaterà infine il notaro? Questo e non più che questo: essersi dato mandato all'usciere della redazione dell'atto di desistenza. Ma, pubblico funzionario qual' è, l' usciere questo stesso non attesterebbe egli nel suo atto sprovvisto anco della firma del contendente? la testimonianza dell' uno varrebbe per avventura più dell' attestazione dell' altro? l'uno e l'altro atto non sono forse egualmente autentici, eguali per forza probatoria? Ecco: un errore chiama l'altro; un' inconseguenza ne trae mille con sè, una falsa premessa che porta ad illogiche illazioni.

Questa necessità della sottoscrizione, rassomigliata ad un mandato speciale anco per l' usciere, si è voluta avvalorare con un altro riflesso e sotto un altro punto di vista. Forti dell'articolo 345 che suona: *la rinunzia accettata produce gli effetti della perenzione* (1), s' è voluto da taluni (2) vedere nella desistenza della parte una proposta alla conclusione d' un contratto, il contratto conchiuso nella rinunzia accettata. Essi tutti parlano d'un *contratto giudiziale* il quale, giusta la opinione di alquanti tra essi, non sarebbe che una convenzione stipulata appunto per isciogliere quel *vinculum juris* stretto al momento della contestazione della lite. *In judiciis contrahitur* s' è detto.

Ora se pericoloso è sempre il volere concretare in determinate figure giuridiche certi rapporti che, mostrando a prima giunta delle analogie più o meno spiccate, celano non-

(1) 403 del Cod. di proc. franc.

(2) CARRÈ, PIGEAU ed altri molti francesi; GARGIULO, vol. I, pag. 369; SAREDO, vol. I; BORSARI.

Digitized by Google

dimanco in sè medesime screzii non lievi perchè meritino lo andarne disgiunte, arbitraria cosa, oltrechè pericolosissima, è il mutuare in date ipotesi questa o quella giuridica figura, questo o quello istituto quando niuno o lievissimo rapporto può avervi di comune.

E nella specie niente ha più influito, a nostro credere, alla erronea soluzione del quesito che il volere trovare nella desistenza delle parti quel *vinculum juris* che testè vedemmo chiamare contratto, contratto giudiziale. Bene sappiamo di urtare a questo punto gli intendimenti dei più; ma se ci fossimo trovati d'accordo sarebbero al certo venute meno le ragioni che a scrivere ne inducono.

E, se, tornando al primo detto, la rinunzia è proposta d'un contratto, contratto perfetto è la rinunzia accettata, come spiegare la coesistenza di due volontà libere concorrenti *in idem placitum*, che è essenziale caratteristica del contratto, colla possibilità che la parte possa venire astretta alla accettazione, il che è posto in sodo da molti dottori e dalla quasi unanime magistratura? (1).

Che se altra volta la parte non può astringersi all'accettazione, questo non è ad intendersi perchè niuno può coartarsi alla contrattazione d'un obbligo qualunque, ma piuttosto perchè la giustizia messa in moto da uno dei contendenti, può talvolta creare in pro dell'altro delle condizioni vantaggiose, uno stato giuridico tale che l'altra parte non può obbligarlo a renunziare.

E d'altra parte dov'è questo *vinculum juris* stretto allo inizio della lite e che ora vuole disciogliersi col nuovo contratto costituito dalla rinunzia accettata?

Vero è che molti trattatisti del giure romano (2) considerarono come un contratto o quasi, quel periodo del pro-

(1) Carrè, Lacroix de Frainville, Merlin, Favard de Langlade, Dalloz.

(2) Mayer, Rudorff, Savigny, Liebe ed altri molti.

Digitized by Google

cedimento che segna il passaggio della procedura *in jure* a quella *in judicio*, e che s'è detto della *litis contestatio* mercè cui le parti si obbligarono a far dipendere i loro diritti dall'esito del processo, a subire la sentenza che avrebbe il giudice profferita. Ma questo stadio del procedimento con le sue caratteristiche, proprie del terzo periodo della storia procedurale romana, scomparisce nel quarto per non risorgere più nell' evo moderno e nei procedimenti d' oggi. Altronde bene avvertiva il PUCHTA (1) « necessariamente trarre origine dalla natura del processo quegli effetti che si vorrebbero derivare da un contratto ».

Ora solo può concepirsi l'arresto della Cassazione francese, concepito in questi sensi: « La rinunzia alla domanda « fatta dall'attore non è talmente subordinata all'accettazione « del convenuto che il rifiuto d' accettare renda senza ef« fetto la rinunzia. Il rifiuto del convenuto ha soltanto l' ef« fetto di sottomettere al Tribunale la quistione di sapere se « dee restargli la facoltà di conoscere della causa, mal« grado la rinunzia alla lite » (2).

A questo modo s' intende l' articolo 345 « la rinunzia

(1) *Istituzioni*, vol. III, pag. 134, trad. ital.

(2) Cassazione francese in causa Rousseau - Delabrosse e Bondi contro Frenais-Delabriais: « La Corte, considerando che gli articoli 402 e 403 cod. proc. civ. non dicono, come pretende l' attore, che la rinunzia non è valida se non è reciprocamente consentita dalle parti: che tutto ciò che risulta dagli articoli invocati è, che quando questo consenso esiste, la desistenza produce di pieno diritto i suoi effetti senza altra formalità e senza l'intervento della giustizia, ma che questi articoli non dispongono pel caso in cui la rinunzia fatta da una parte è rifiutata dall'altra. Che in questo caso vi ha luogo necessariamente a ricorrere ai Tribunali, poichè essi sono giudici di tutte le controversie che si elevano tra le parti e che niuna legge si oppone a che pronunziino su quelle relative alla validità o invalidità della desistenza. Per questi motivi etc. ».

Analogamente decideva la Corte di Angers, la cui sentenza diede luogo a quest' arresto del 12 dicembre 1870. Vedi FAVARD, MERLIN e CARRÈ colle giunte di CHAUVEAU.

Digitized by Google

accettata produce gli effetti della perenzione », il quale articolo ha ingenerato la teorica del contratto giudiziario. Siffattamente intendesi ciò che dice il Relatore del Codice di procedura civile, il recesso non potersi effettuare per la sola volontà dell'attore. « Come la *perenzione* si compie « per volontà presunta di ambidue le parti, così il *recesso* « non può aver luogo se non per la volontà espressa di « ambedue ».

Ecco infine il principio direttivo di tutta questa materia: La rinunzia è accettata? Se si, essa produce gli effetti della perenzione; il collegio non sarà adito se non che per sapere l'accettata rinunzia. Se no, il collegio s'impossessa della quistione se convenga o no che la rinunzia resti senza effetto o che abbia gli effetti possibili; ed a ciò gli servirà per criterio lo stato della causa, la nascita di nuovi diritti ed ogni circostanza la quale mostri o il miglioramento della condizione giuridica del convenuto o la convenienza in genere per parte di costui che la lite si prosegua: chè se lo spirito di ruinoso litigio od altro riprovevole motore dettò il suo rifiuto all'accettazione, se la lite già iniziata fosse a tale stadio condotta che niun vantaggio avesse pel convenuto prodotto, allora, non ostante il rifiuto, potrà il collegio ammetter la rinunzia.

Giunti a questo punto, il nostro còmpito sarebbe finito: quando si è forti delle proprie convinzioni, quando la soluzione avversa urta e sovvertirebbe (se fosse in sua potestà) i più inconcussi principî del giure, lo effato dei collegi, spesso fluttuante, non potrebbe riescire che a pura conferma della ragionevolezza del proprio intendimento. E nondimeno però che la voce dei dotti, il parere di uomini rotti alla pratica, immedesimati ai retti principî del giure, sono stati e saranno mai sempre di gran peso ed autorità ad ingenerare il retto convincimento negli animi dei dissidenti, opportuno ne sembra le nostre asserzioni dei pareri giureprudenziali convalidare e compiere.

Dei quali importantissimo è quello della Corte di Tolosa

Digitized by Google

3 febbraro 1832 (1), tanto più perchè accenna ad un notevole consulto dei signori Decamps, Romiguières e Carles: Or bene quegli egregi così si esprimono:

« Che cos' è un procuratore costituito in una istanza?
« È il mandatario della sua parte per agire conseguente-
« mente all' istanza in cui la rappresenta, *procurator ad*
« *litem*: Facendo desistenza egli agisce in contraddizione
« al suo mandato: egli non può adunque rappresentare la
« sua parte che in virtù d'un mandato *ad hoc*. L'usciere al
« contrario è per ogni atto che notifica mandatario speciale,
« *procurator ad rem* ».

E la Corte sentenziava: che importa poco per la validità di questi ultimi che sieno o no rivestiti dalla firma delle parti; poichè il funzionario che li significa è un mandatario a forza che ha ricevuto dalla legge un potere sufficiente a tal riguardo.

Analogamente decideva la Cassazione di Francia il 25 giugno 1844 (2).

Ogni usciere, aveva detto pria essa Corte, che ha ricevuto i documenti, sia dal patrocinatore sia dalla parte, è autorizzato (salvo i casi previsti dall' articolo 556 — arresto personale e rilascio di beni immobili —) a far atti legali senz' altro mandato, ed il suo fatto non può essere conseguentemente disapprovato (3).

E dopo questa sentenza del 1808 un' altra della stessa Corte del 25 marzo 1813 (4), decidendo in materia commerciale, stabiliva che la rinunzia può esser fatta ed accettata con un semplice atto di citazione stragiudiziale, quantunque non firmata dalla parte o da procuratore.

(1) *Journal du Palais*, anno 24, pag. 659. Repertorio del DALLOZ, anno 1832.

(2) *Journal du Palais*, anno 1844.

(3) *Giurisprudenza delle Corti supr.* 4 aprile 1808.

(4) SIREY, tom. XVI, pag. 86.

Digitized by Google

E così in materia commerciale, quando non si comparisca personalmente, la rinunzia alla lite può farsi per atto d'usciere, anco dopo la costituzione di procuratore, in grazia della speditezza e celerità che la trattazione degli affari commerciali richieggono; il qual riflesso varrà a schermirci dalla taccia d'inconseguenti, se, opinando per la non ammissibilità della desistenza per atto d'usciere davanti i Tribunali civili dopo costituito il procuratore, siamo ora venuti in opinione di ammetterla in materia di commercio.

Messina, 1° gennaro 1875.

Digitized by Google

IV.

COMPETENZA DELLA CORTE DI RINVIO

E SUOI POTERI

Conseguenza logica dell'istituto della Cassazione è il *giudizio di rinvio.* Cassata la sentenza, la Corte suprema, meno i casi di cui ai numeri dell'articolo 544 capoverso Cod. proc. civ., rinvia la causa ad altra autorità eguale in grado a quella la cui sentenza fu cassata e ad essa più vicina.

In quale stato s'intende rimessa la causa dalla Corte suprema al Magistrato di rinvio lo si deduce dallo studio degli articoli 543 e 546 così concepiti:

« Art. 543. La cassazione della sentenza importa annul-
« lamento delle sentenze e degli atti posteriori ai quali la
« sentenza cassata abbia servito di base. Se la sentenza sia
« cassata in alcuno dei capi, restano fermi gli altri, salvo
« che siano dipendenti dal capo in cui la sentenza fu cassata.

« Art. 546. La sentenza che cassa è per cura d'una
« delle parti notificata all'altra. Quando la sentenza ordini
« il rinvio ad altra autorità giudiziaria, la causa vi è portata
« ad istanza di una delle parti con citazione in via sommaria ».

È da osservare anzitutto che la sentenza della Cassa-

Digitized by Google

zione non s' impone per la decisione del merito al magistrato di rinvio: avrà però quest' autorità dalla sentenza stessa tracciati i limiti entro cui deve aggirarsi: Ed altro è il *limite* dato dalla sentenza della Corte suprema, altro è lo *stato* in cui riceve da essa la causa: l'uno vien definito dalla statuizione secondo i capi cassati e quelli rimasti fermi, l'altro è determinato per ministero di legge. Tolgasi in breve di tutto il processo della causa in prima ed in seconda istanza la sentenza che fu cassata, gli atti precedenti rimarranno in piedi. Sicchè fatta la citazione in via sommaria, ai sensi dell' articolo 546 presso la Corte od il Tribunale di rinvio, questa Corte o questo Tribunale avrà dinnanzi a sè l'atto di appello e le conseguenti conclusioni, sì da potere senz'altro statuire in seconde cure.

Per servirci d' una espressione del Dalloz, dietro la cassazione della sentenza emessa in secondo grado di giurisdizione, le parti ritornano di pieno diritto sotto lo impero del giudicato di prima istanza: gli atti che si svolsero, a cominciare dall'appello ed a finire alla sentenza cassata esclusa, costituiscono il fondo d' istruzione (direbbe il Borsari) del giudice di rinvio. Quanto alle interlocutorie che si saranno emesse dal magistrato d'appello, esse s' intendono cassate se comprese nel ricorso e se la Corte vi abbia fatto plauso: altrimenti rimarranno ferme. Chè anzi talvolta è necessario non dimenticarle nello esperimento del ricorso in Cassazione se non si voglia chiusa la via ad una statuizione in Suprema che modifichi l' indirizzo preso in merito dalla lite. Gli atti posteriori alla sentenza cassata e fondati su questa non spiegheranno nessun effetto dinnanzi al giudice di rinvio: essi s' intendono annullati.

L' articolo 38 del Regolamento per la Cassazione degli Stati Sardi prescriveva: « la nuova sentenza dovrà senza « ulteriore istruzione essere profferita in via sommaria sullo « esame degli atti che precedettero la decisione annullata e « di quelli fattisi avanti la Cassazione, ammesse le sole ar- « ringhe ». Quest' articolo non figura nelle nostre determi-

Digitized by Google

nazioni rituali: la pensata omissione d' un tal precetto ha senza dubbio le sue ragioni. La trattazione del giudizio di rinvio con citazione in via sommaria suscita alla mente il rito stabilito al capo II del titolo IV. Fatta la citazione, la Corte di rinvio è impossessata della causa allo stato degli atti svoltisi fino alla sentenza cassata: ma la citazione in via sommaria importa anco le conclusioni di che al secondo comma dell' articolo 390. L' articolo 38 del cennato Regolamento fu tolto. Oggidì non si dubita che la Corte di rinvio possa ordinare nuova istruzione. Nè ciò è tutto: s' è giunti al punto di ammettere in quel giudizio la proposta di nuove domande. Il Borsari cita lo esempio di chi, sendosi difeso nel primo e nel secondo giudizio colla eccezione della cosa giudicata avverso un' azione vendicatoria, cassata la sentenza che faceva buon viso alla sua eccezione, venga innanzi coll' altra che l' avversario stipulato aveva il patto *de non petendo*, e fa osservare che se quegli non può valersi dei mezzi subordinati, si dovrà lasciar condannare senza difesa. Ma a vero dire non pare che qui si tratti di nuove *domande* nel senso proprio della parola, nè crediamo che si possano estendere le facoltà delle parti dinnanzi al giudice di rinvio oltre quelle che esse hanno di fronte al collegio territoriale di seconda istanza.

Or facciamoci da presso ai poteri del magistrato di rinvio.

Se la legge stabilisce che, cassata una sentenza, la Corte suprema rimanda la causa ad altra autorità per la decisione del merito, non sarebbe costringere quest' autorità entro un letto di Procuste il proibirle, ove ne senta il bisogno, la statuizione di nuovi mezzi istruttori?

Ma possono proporsi nuovi mezzi di pruova?

« Trattandosi di limitare i diritti della difesa (diceva « la Cassazione di Firenze (1)) il divieto di produrre nuove

(1) 18 giugno 1877, Cocchetti contro Ceccherini, estensore Bicci, (Vedi *Giornale delle Leggi*, anno VIII, n. 36).

Digitized by Google

« pruove nel giudizio di rinvio non potrebbe trovar base che « in una letterale disposizione della legge, la quale manca « affatto. E questo silenzio della legge è tanto più apprezza- « bile, come argomento di non voluta limitazione dei diritti « della difesa, quando si consideri che il nostro Codice non « riprodusse i precetti del Regolamento degli Stati Sardi ». E questo silenzio, diciamo noi, è conseguenza dell'essersi la legge esplicitamente fatta intendere all'art. 490, ove stabilisce che nel giudizio d'appello possono dedursi nuove pruove.

Dato che sia cassata una sentenza interlocutoria, il magistrato di rinvio dovrà intendersi investito di tutta la lite?

Qui la lotta tra due principî egualmente importantissimi: da un canto il precetto che alla competenza naturale s'intende derogato il meno che si possa, un precetto d'ordine pubblico; dall'altro la necessità di sottrarre il giudice che ha sentenziato una prima volta e la cui sentenza fu cassata al bisogno di contraddire la propria opinione, anzi il convincimento formatosi. E le difficoltà si accrescono perchè la Cassazione non ha formule che indichino la estensione della competenza del magistrato sostituito. La legge dice « la Corte rimanda la causa ». Ora il vedere quali sieno i poteri del collegio di rinvio dipende non dalla formula adoperata dalla Corte suprema, ma da principî superiori.

Necessario è ricercare, pur tenendo fermo il precetto che alla competenza naturale s'intende derogato il meno possibile, quanto possa essere moralmente impregiudicato il magistrato territoriale col ritorno della causa alla sua giurisdizione, dopo un pronunciato della Corte regolatrice che ne ha cassata la sentenza. Ora chi per ciò stesso non vede che, cassata una sentenza interlocutoria il magistrato di rinvio s'intende impossessato della lite sino al punto di deciderla diffinitivamente?

I poteri del magistrato di rinvio in ordine al rimettere la causa innanzi ai primi giudici sono determinati dall'articolo 492 proc. civ. Rinviata la causa, il giudice che n'è impossessato ha gli stessi poteri del magistrato territoriale

Digitized by Google

d'appello. Il Tribunale civile ha per es. emesso un' interlocutoria: la Corte d'appello ritenne fosse il caso di definitivamente decidere. Cassata la sentenza ed avvenuto il rinvio, il magistrato sostituito conferma la interlocutoria, o, riformandola, non decide definitivamente il merito: è il citato articolo che farebbe precetto al collegio cui fu rimandato il giudizio, di rimettere la causa innanzi ai primi giudici.

Ammesso poi che Tribunale e Corte abbiano definitivamente deciso la controversia e che il magistrato di rinvio creda sia necessario ordinare, ed ordini, dei mezzi istruttorî, in tal caso è il capoverso del mentovato articolo 492 che gli dà facoltà di ritenere la causa o rinviarla ai primi giudici.

Ma l'appello dalle sentenze che costoro saranno per emettere si proporrà dinnanzi al collegio di rinvio o presso l'altro territoriale?

Richiamiamo i principî testè esposti: alla competenza naturale s'intende derogato il meno possibile ma non sì che si ponga il magistrato che ha deciso la controversia una prima volta nella dura necessità di contraddire sè stesso: è un giusto apprezzamento che fa il legislatore della dignità del primo decidente, se non voglia dirsi che sia un sospetto di poca serenità di mente o di menomata imparzialità. Ed allora la norma più precisa che possa darsi in proposito è questa: durando i motivi per li quali s'è creduto necessario sottrarre, dopo l'annullamento, la causa al primo giudice di appello, durar dee, anco per gli appelli dalle sentenze di prima istanza, la competenza del magistrato di rinvio. Ora ogniqualvolta il collegio d'appello ha pregiudicato il merito della controversia con la sentenza che fu poi annullata, dureranno giustamente i motivi, non diciamo di suspicione, ma di giusto riguardo per cui fu statuito il rinvio ad altra autorità: e ciò vuolsi intendere tanto se la sentenza abbia assunto la veste di diffinitiva quanto se tolta abbia l'altra di interlocutoria.

Talvolta anzi è evidentissimo un tal potere: Supposto che il primo giudice abbia definitivamente deciso, che lo

Digitized by Google

stesso si sia fatto dal giudice d'appello; se, in seguito a rinvio, il magistrato sostituito riformi la prima sentenza ed ordini nuovi mezzi istruttori, egli può ritenere a sè la causa, espletare i mezzi e decidere il fondo. Non lo ha fatto; ha rinviato la causa al primo giudice. Chi lo direbbe spogliato della facoltà di decidere definitivamente la controversia per un atto che non gli era imposto dalla legge ma che fu effetto d'una sua facoltà?

Ma v'hanno dei casi sui quali, appunto perchè non ricorrono le condizioni pur ora accennate, i motivi di suspicione legale poc'anzi detti, esige ragione che la statuizione emessa dal primo decidente dopo il rinvio si porti in appello al giudice territoriale di seconda istanza. Supposto promosso incidente al Tribunale, sul disaccordo delle parti; supposto che siasi appellata la relativa sentenza presso la Corte, che il pronunziato della Corte venga cassato, decidendo sull'incidente il magistrato di rinvio ha esaurita la propria giurisdizione.

« Allorchè (opina la Cass. di Torino (1)) una contro-« versia dà luogo a più cause, cassata la sentenza del giudice « naturale sopra una di esse, il giudice di rinvio non è com-« petente se non per questa causa; epperò dalle sentenze « profferite nelle altre cause devesi appellare dinanzi al giu-« dice di appello naturale, non dinanzi a quello di rinvio ».

È in tal caso un giudizio del tutto nuovo, direbbe il Borsari, che viene ad instaurarsi; è una conseguenza, quanto alle sentenze incidentali, del non essersi pregiudicata nel merito la lite dal magistrato dinnanzi a cui si porta ora l'appello.

Romella, 18 febbraro 1879.

(1) 12 sett. 1874 (V. *Archivio Giuridico,* vol. XIV, p. 94).

Digitized by Google

INDICE

—

Digitized by Google